

# **TRIBUNAL SUPREMO**

## **Sala de lo Civil**

**Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán**

### **SENTENCIA**

**Sentencia N°: 55/2016**

**Fecha Sentencia: 11/02/2016**

**CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL**

**Recurso N°: 470/2015**

**Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimando Parcialmente**

**Votación y Fallo: 27/01/2016**

**Ponente Excmo. Sr. D.: Francisco Javier Arroyo Fiestas**

**Procedencia: Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Segunda.**

**Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu**

**Escrito por: L.C.S.**

**Nota:**

**CUSTODIA COMPARTIDA. ALIMENTOS. Se fijan alimentos que deberá abonar el padre, pese a la adopción del sistema de custodia compartida, al no tener ingreso alguno la madre. Se desestima la limitación temporal de los alimentos. Se mantiene la limitación temporal de la pensión compensatoria. Discrecionalidad del tribunal de apelación a la hora de determinar si la pensión compensatoria se ha de mantener durante dos o tres años.**

**CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL Num.: 470/2015**

**Ponente Excmo. Sr. D.: Francisco Javier Arroyo Fiestas**

**Votación y Fallo: 27/01/2016**

**Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu**

# **TRIBUNAL SUPREMO**

## *Sala de lo Civil*

**SENTENCIA N°: 55/2016**

**Excmos. Sres.:**

**D. Francisco Marín Castán**  
**D. José Antonio Seijas Quintana**  
**D. Antonio Salas Carceller**  
**D. Francisco Javier Arroyo Fiestas**  
**D. Eduardo Baena Ruiz**  
**D. Fernando Pantaleón Prieto**  
**D. Xavier O'Callaghan Muñoz**

En la Villa de Madrid, a once de Febrero de dos mil dieciséis.

Esta Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen reseñados, ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 1712/2014 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Sevilla, como consecuencia de autos de juicio de divorcio núm. 1139/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Sevilla, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por el procurador don Prisciliano, en nombre y representación de Rodrigo y bajo la dirección letrada de don Asdrubal, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora doña Balbina en calidad de recurrente y comparece en calidad de recurrido doña Elvira representada por la procuradora doña Florencia, designada del turno de oficio junto con la dirección letrada de doña Alejandra.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** 1.- El procurador don Prisciliano, en nombre y representación de don Rodrigo, interpuso demanda de juicio de divorcio contra doña Elvira, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia:

«Por la que, dando lugar a la separación conyugal, determine como medidas o efectos derivadas de la misma, los siguientes:

1.- El divorcio entre los cónyuges.

2.- El uso y disfrute de la vivienda sita en la localidad de Sevilla, c/ De la Cruz Blanca, núm. 1234, se atribuye a la esposa e hijos del matrimonio, por ser la parte más necesitada de protección.

3.- La guarda y custodia de los hijos menores de edad, será compartida entre ambos progenitores, conforme a los siguientes períodos:

- De Febrero a Junio, la menor permanecerá con la madre.

- De Septiembre a Enero, la menor permanecerá con el padre.

- Las vacaciones de verano (Julio y Agosto) permanecerá un mes con cada progenitor. El régimen de comunicaciones y visitas del progenitor no custodio con los menores, Cintia y David, será el siguiente:

A) *Régimen ordinario de visitas:* El progenitor que en dicho momento no tenga la custodia de los menores podrá visitar y tener consigo a los mismos, los fines de semana alternos desde el

viernes a la salida del centro escolar hasta el domingo a las 20 horas, en invierno y otoño y a las 21 horas en primavera y verano.

Asimismo, el progenitor no custodio podrá disfrutar de la compañía de sus hijos los martes y jueves de cada semana, de la salida del centro escolar hasta las 20 horas, en invierno y en otoño y las 21 horas en primavera y en verano.

El lugar de entrega y recogida se realizará en el último domicilio conyugal, C/ De la Cruz Blanca, nº 1234, en Sevilla.

8) *Vacaciones escolares de los menores*: Durante las vacaciones escolares de los menores, D. Pelayo y Da. Jimena, tendrán derecho a tenerlos en su compañía con arreglo a lo siguiente:

*Vacaciones de Navidad*.- Durante las vacaciones escolares de Navidad quedará en suspenso el régimen de visitas y el tiempo que abarque la vacación se dividirá en dos mitades: la primera de ellas será la comprendida desde las 18 horas del día del comienzo de la vacación escolar, hasta las 18 horas del día 31 de Diciembre y la segunda, desde dicho momento, es decir, desde las 18 horas del día 31 de Diciembre hasta las 18 horas del día previo al inicio de la actividad escolar.

Tendrá preferencia en la elección el Sr. Rodrigo en los años en que comience la vacación en año impar y la Sra. Elvira en los que empiece en año par, en caso de desacuerdo. *Vacaciones de Semana Santa*.- Respecto de este período vacacional, el Sr. Rodrigo podrá tener consigo a sus hijos durante una de las dos mitades en que habrá de dividirse la vacación escolar, la primera desde las 18 horas del día de su comienzo (Viernes de Dolores) hasta las 18 horas del Miércoles Santo y la segunda mitad, desde dicho momento, hasta las 18 horas del día previo al inicio de la actividad escolar o académica. En los años impares, tendrá preferencia el padre y en los pares, la madre, en caso de desacuerdo.

*Vacaciones de feria*: Se dividirá en dos períodos, según el calendario escolar.

En los años impares, tendrá preferencia el padre y en los pares, la madre, en caso de desacuerdo.

*Vacaciones de verano*.- Durante las vacaciones escolares de verano, quedará en suspenso el régimen ordinario de visitas los hijos del matrimonio permanecerán en compañía de cada uno de los progenitores por espacio de un mes completo (Julio o Agosto).

En los años impares, tendrá preferencia el padre y en los pares, la madre, en caso de desacuerdo.

Para comunicar al otro cónyuge el período que se va a elegir para las vacaciones, se avisará al menos con un mes de antelación.

**OTROS ACUERDOS sobre los menores:**

1.- Los menores de edad, podrán ser recogidos y recibidos por persona distinta al padre o madre, siempre que éstos conozcan su vínculo con uno u otro de los progenitores.

2.- Los menores se desplazarán con vestuario propio, los enseres habituales y necesarios para su cuidado, si bien ello no exime a los padres de su obligación de mantener a la hija en adecuadas condiciones higiénicas y climáticas si sobrevinieran insuficientes o inadecuados a la temperatura las llevadas consigo.

Los padres permitirán y facilitarán la comunicación de los menores con el progenitor con quien no conviven y con los respectivos familiares. Se tendrán al corriente de la situación de los menores, especialmente en asuntos importantes que afecten a su formación, estudios, estado de salud, etc... Y si bien el ejercicio doméstico de la patria potestad corresponderá al progenitor con quien en cada momento estén, ambos deberán ponerse de acuerdo en aquellos asuntos que afecten sustancialmente a los menores, cuales son el centro donde deba ser escolarizado, viajes o estancias en el extranjero, decisiones relevantes en orden a su salud, etc.

4.- *Pensión de alimentos*.- Los progenitores no se abonarán pensión de alimentos a favor de los hijos menores de edad.

Sin embargo, todos los gastos extraordinarios relacionados con la educación y formación, tales como colegio, clases de apoyo y complementarias, actividades extraescolares, y salud para la hija, tales como intervenciones quirúrgicas, radiografías, análisis y otros exámenes clínicos, tratamientos prolongados, odontología y ortodoncia, rehabilitaciones y recuperaciones, aparatos ortopédicos o gafas, etc. no cubiertos por la Seguridad Social o por el Seguro Privado que tienen contratado, serán abonados, previa justificación documental de su necesidad e importe y mediando el consentimiento expreso del otro cónyuge, al 50 % entre ambos progenitores.

5.- Pensión compensatoria.- No se fija pensión compensatoria a favor de la esposa, dada su cualificación profesional y a las aptitudes de la misma para conseguir un trabajo correctamente remunerado.

Es Justicia que pido».

2.- Admitida la demanda y dando traslado al Ministerio Fiscal de la misma, este contestó con los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes suplicando al juzgado:

«Se dicte sentencia conforme a los hechos que resulten probados».

3.- El procurador don Emeterio, en nombre y representación de doña Elvira, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«Dicte en su día resolución por la que se decrete el divorcio del matrimonio formado entre D. Rodrigo y Doña Elvira, con todos los pronunciamientos legales inherentes a tal declaración y por la que se determinen como definitivas las siguientes medidas:

1. PATRIA POTESTAD. Los hijos continuarán bajo la patria potestad de ambos progenitores, quienes la ejercerán conjuntamente en beneficio de los niños.

2. La GUARDIA Y CUSTODIA de los menores hijos se atribuya a Doña Elvira en cuya compañía vivirán, sin perjuicio del régimen de estancia y permanencia con el otro progenitor que se relaciona a continuación. Tal atribución supone el siguiente régimen de convivencia.

A) Durante los periodos escolares.

Los menores permanecerán con su padre, la tarde de los lunes y los miércoles, desde la salida del Colegio hasta las 20:30 horas en invierno y las 21:30 horas en verano que las llevará al domicilio familiar.

Igualmente permanecerá con sus hijos los fines de semanas alternos, desde el viernes a la salida de Colegio hasta el domingo a las 20:30 horas en invierno y las 21:30 horas en verano, que la reintegrará al domicilio que fue familiar.

Cuando exista una festividad escolar inmediatamente anterior o posterior al fin de semana, o unida a éste por un puente reconocido por la institución donde cursa sus estudios los hijos, se considerará este periodo agregado al fin de semana, y en consecuencia, procederá la estancia con el progenitor al que corresponda tenerlas en tal fecha, según la alternancia que corresponda.

B) Vacaciones escolares de Navidad y verano.

Cada progenitor tendrá consigo a los niños la mitad de tales vacaciones escolares, interrumpiéndose durante las mismas las estancias señaladas en el apartado anterior, y así:

Navidad: Se dividirá en dos períodos, el primero desde el día siguiente al comienzo de las vacaciones, a las 12 horas hasta el día 31 de diciembre a las 12 horas, y el segundo desde el 31 de diciembre a las 12 horas hasta el día de la finalización de las vacaciones a las 20 horas. El progenitor que no esté con los niños este segundo período, podrá recogerlos el día 6 de Enero, desde las 13 horas hasta las 21:30 horas.

Semana Santa: Los períodos irán, el primero desde el día de comienzo de las vacaciones, Viernes de Dolores, a la salida del colegio hasta el Miércoles Santo a las 12 horas y el segundo desde Miércoles Santo a las 12 horas hasta el Domingo de Resurrección a las 21:30 horas.

Verano: Durante el periodo de vacaciones escolares de verano, cada progenitor permanecerá con sus hijos la mitad del tiempo.

A falta de acuerdo entre los progenitores respecto del tiempo de disfrute de cada uno de estos periodos, los años pares, la primera mitad corresponderá al padre y la segunda a la madre y los años impares, la primera mitad corresponderá a la madre y la segunda al padre.

Las entregas y recogidas de la hija se realizarán en el domicilio sito en Sevilla, Calle De la Cruz Blanca número 1234.

3. USO DE LA VIVIENDA. Se atribuye el uso y disfrute del que constituyó domicilio conyugal, sito en Sevilla, Calle De la Cruz Blanca número 1234 a los menores, junto con su madre, domicilio que deberá ser desalojado por el esposo retirando del mmo sus objetos de carácter exclusivamente personal.

4. ALIMENTOS. D. Juan José, en concepto de PENSIÓN ALIMENTICIA para los hijos abonará a Dña. María del Pilar, una cantidad mensual ascendente a cuatrocientos cincuenta euros (450

euros), sumas que serán satisfechas por mensualidades anticipadas, entre los días 1 y 5 de cada mes, mediante ingreso o transferencia a la cuenta corriente que al efecto designe la Sra. Elvira.

Las indicadas cantidades serán revisadas anualmente conforme a las actualizaciones que se produzcan en los índices de precios al consumo que cada año publica el Instituto Nacional de Estadística o cualquier otro organismo que lo sustituya en el futuro y referidas a primero de agosto de cada año.

Se abonarán al 50% los gastos extraordinarios de los menores, previa justificación de la realización del gasto, dentro de los cinco días siguientes a la presentación de la factura, en la forma prevista anteriormente.

5. COMPENSATORIA. Por tal concepto, el Sr. Rodrigo abonará a doña Elvira la cantidad mensual de doscientos cincuenta euros (250 euros), durante un plazo de cinco días, sumas que serán satisfechas por mensualidades anticipadas, entre los días 1 y 5 de cada mes, mediante ingreso o transferencia a la cuenta corriente que al efecto designe la Sra. Elvira.

Las indicadas cantidades serán revisadas anualmente conforme a las actualizaciones que se produzcan en los índices de precios al consumo que cada año publica el Instituto Nacional de Estadística o cualquier otro organismo que lo sustituya en el futuro y referidas a primero de agosto de cada año.

Es de Justicia».

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida en el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Sevilla se dictó sentencia, con fecha 13 de noviembre de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

*«FALLO. Que estimando parcialmente la demanda formulada por el Procurador Sr. Rodrigo-Velasco Calderón en nombre de don Rodrigo contra doña Elvira con la asistencia del Ministerio Fiscal declaro disuelto el matrimonio por divorcio y la disolución del régimen económico matrimonial y se acuerda por ministerio de la Ley la revocación de los poderes otorgados entre sí, así como el cese de la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge al ejercicio de la potestad doméstica, salvo pacto en contrario expresamente otorgados por ellos.*

*Asimismo que se adoptan, como efectos definitivos los siguientes:*

*A) ATRIBUCIÓN DEL DOMICILIO FAMILIAR. el uso de la vivienda sita en Sevilla calle De la Cruz Blanca número 1234 a doña Elvira e hijos por conformidad entre las partes y de la titular de dicha vivienda doña Regina. El actor desalojará el domicilio familiar en el plazo máximo de 7 días, retirando sus enseres personales.*

*B) GUARDA, CUSTODIA Y PATRIA POTESTAD: los hijos del matrimonio*

*Cintia y David Rodrigo Elvira seguirán bajo la patria potestad y guarda y custodia de ambos progenitores.*

*-Los menores estarán bajo la custodia de cada uno de los progenitores en semanas alternas desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes que serán reintegrados al colegio por el progenitor con que se encuentren.*

*-Los martes y jueves pernoctarán los menores con el padre siendo recogidos por éste a la salida del colegio y siendo reintegrados al día siguiente en el centro escolar.*

*Los menores podrán ser recogidos por persona distinta al padre o la madre autorizados.*

*C) RÉGIMEN DE VACACIONES:*

*Vacaciones de Navidad se dividirán en dos periodos: el primero desde el día que comiencen las vacaciones escolares desde las 20,00 horas hasta el día 30 de diciembre a las 20,00 horas; el segundo desde el día 30 de diciembre a las 20,00 horas hasta las 17,00 horas del día seis de enero.*

*El progenitor que no disfrute de la compañía del menor el día 6 de enero (Día de Reyes) podrá disfrutar de la compañía de este al menos tres horas durante ese día.*

*Vacaciones de Semana Santa: se dividirán en dos periodos: el primero desde el Viernes de Dolores a las 20 horas hasta las 14.00 horas del Miércoles Santo; el segundo desde las 14,00 horas del Miércoles Santo hasta las 20,00 horas del Domingo de Resurrección.*

*Vacaciones de verano: se dividirán los dos meses de verano en quincenas:*

*El primer periodo comprende desde las 12 de la mañana del día uno de julio hasta las 20 horas del día 15; y en agosto exactamente igual que en julio. Y el 2º periodo comprende desde las 20 horas del día 15 julio hasta las 20 horas del día 31 julio y en el mes de agosto igual. La última semana de junio y la primera de septiembre, el menor lo pasará alternativamente con su padre o su madre según le corresponda la primera o última quincena del verano, es decir, al que le corresponda la primera quincena del verano, también le corresponderá la última semana de junio, y al que le corresponda la última quincena del verano, también le corresponderá la primera semana de septiembre.*

*Los meses de julio y agosto, y el resto de periodos de vacaciones el menor los pasará alternativamente con uno u otro progenitor, eligiendo el periodo, los años pares la madre y los impares el padre, salvo acuerdo en contrario.*

*Los días del cumpleaños de los menores, el progenitor en cuya compañía no este, podrá estar con él al menos 2 horas en horario compatible con el laboral del progenitor y escolar del niño, desplazándose para verlo el progenitor con quien no esté.*

*En caso de eventos familiares (bodas, bautizos o comuniones), los menores asistirán a ellos, siempre que el progenitor que tenga el evento avisé al otro sobre el día y la hora de tales eventos con una semana de antelación.*

*El menor pasará con su padre el día del padre y su cumpleaños, y con su madre el día de la madre y su cumpleaños.*

*Los padres, abuelos, tíos, primos y demás familiares pueden comunicarse libremente con el menor, y éste con ellos.*

*El padre podrá hablar telefónicamente con su hijo todos los días a las 20,00 horas al igual que la madre cuando el menor este en compañía de su padre, para lo cual el progenitor que esté con el menor facilitará un teléfono al mismo.*

#### **D) PENSIÓN ALIMENTICIA para los hijos.**

*El padre abonará la cantidad mensual de 350 € cantidad que deberá ser actualizada anualmente según el IPC y que será ingresada por mensualidades anticipadas en los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta bancaria que designe la actora.*

*Se abonaran el 50% de los gastos extraordinarios para cuya consideración se atenderán a los siguientes criterios orientativos que luego se establecen.*

*Aquella suma se establece desde el momento de la presentación de la demanda si bien habrán de descontarse las cantidades que se han entregado por don Pelayo desde el 7 septiembre 2012 en concepto de alimentos. En esta deducción no se incluye el importe de €10.607,69 que se entregaron en concepto de liquidación de sociedad de gananciales.*

*La pensión alimenticia se abonará durante el plazo de 2 años a partir de la fecha de la presente resolución, período en el que estimamos prudencial que doña Elvira pueda acceder al mercado laboral. A partir de entonces cada progenitor se hará cargo de los alimentos de los hijos en los períodos en que esté a su cargo.*

**E) PENSIÓN COMPENSATORIA.** *Don Pelayo abonará a doña Elvira la cantidad mensual de 150.-€ mensuales durante 2 años si bien se va a suspender el abono de la misma hasta transcurridos los 2 años establecidos en el apartado anterior sobre los alimentos de los hijos.*

*Recomendaciones sobre el ejercicio de la patria potestad compartida:*

*Deberán comunicarse todas las decisiones que, con respecto a sus hijos, adopten en el futuro, así como todo aquello que, conforme al interés prioritario del hijo, deban conocer ambos padres.*

*Deberán establecer el cauce de comunicación que mejor se adapte a sus circunstancias, obligándose a respetarlo y cumplirlo. Si no lo señalan, la comunicación se hará vía burofax y el otro progenitor deberá contestar en plazo de cinco días. Si no contesta, y queda probado que ha recibido la comunicación, se entenderá que presta su conformidad.*

*Ambos padres participarán en las decisiones que, con respecto al hijo, tomen en el futuro, siendo de especial relevancia las que se vayan a adoptar en relación a la residencia del menor o las que afecten al ámbito escolar, sanitario y los relacionados con celebraciones religiosas.*

*Por lo tanto, cualquier cambio de domicilio o residencia del menor, se debe acordar por ambos cónyuges y, en caso de conflicto, por el juez o por el progenitor que aquél decida. Sobre esta base, se impone la intervención de ambos padres en decisiones relativas al cambio de centro escolar o cambio de modelo educativo.*

*Se impone, así mismo, la decisión conjunta para cualquier tipo de intervención quirúrgica o de tratamiento médico no banal, tanto si entraña un gasto como si está cubierto por algún seguro,*

salvo supuestos de extrema urgencia. Se impone igualmente la intervención y decisión de ambos padres en las celebraciones religiosas, obligatoriamente en lo relativo a la realización del acto religioso y siempre que se pueda en la celebración lúdica, no teniendo preferencia a la hora de tomar estas decisiones ni el progenitor que tiene la guarda y custodia exclusiva, ni el progenitor que ese día lo tenga en su compañía.

Los dos padres deberán ser informados por terceros de todos aquellos aspectos que afecten a sus hijos y, concretamente, tienen derecho a que se les facilite a los dos toda la información académica y los boletines de evaluación; e igualmente tienen derecho a obtener información a través de las reuniones habituales con los tutores o servicios de orientación escolar, tanto si acuden los dos juntos, como si lo hacen por separado.

De igual forma, tienen derecho a obtener información médica de sus hijos y que se le facilite a cada progenitor que lo solicite, los informes pertinentes sobre la salud de los mismos.

El progenitor que en ese momento se encuentre en compañía del hijo, podrá adoptar decisiones respecto al mismo sin previa consulta, en los casos en que exista una situación de urgencia o en aquellas decisiones diarias, poco trascendentes o rutinarias, que en el normal transcurrir de la vida con un menor puedan producir.

Se informa a las partes a modo orientativo que pueden entenderse como gastos ordinarios y extraordinarios:

Son gastos ordinarios usuales e incluidos en la pensión alimenticia los de vestido, los de educación, incluidos los universitarios en centros públicos (recibos que expida el centro educativo, matrícula, seguros, AMPA), ocio, las excursiones escolares, material escolar, transporte, uniformes, libros, aula matinal, comedor.

Son gastos ordinarios no usuales las actividades extraescolares, deportivas, idiomas, bailes, música, informática, campamentos o cursos de verano, viajes al extranjero, cumpleaños y otras celebraciones tales como Primera Comunión, así como los gastos de colegio/universidad privados, y las estancias en residencias universitarias, colegios mayores o similares.

Estos gastos deben ser siempre consensuados de forma expresa y escrita para poderse compartir el gasto y a falta de acuerdo, sufragados por quien de forma unilateral haya tomado la decisión, sin que proceda la autorización judicial subsidiaria para que se comparta el gasto al no revestir el carácter estrictamente necesario, y sin perjuicio de ello de la acción del artículo 156 del Código Civil, si la discrepancia estriba en si debe o no el menor realizar la actividad.

Se entiende por gastos extraordinarios los que tengan carácter excepcional, imprevisible, y estrictamente necesario.

Pueden considerarse gastos extraordinarios de educación las clases de apoyo escolar motivadas por un deficiente rendimiento económico.

Pueden considerarse gastos extraordinarios médicos los odontológicos y tratamientos bucodentales incluida la ortodoncia, logopeda, psicólogo, prótesis, fisioterapia o rehabilitación (incluida la natación) con prescripción facultativa, óptica, gastos de farmacia no básicos y con prescripción médica, y en general los no cubiertos por la sanidad pública o por el seguro médico privado que puedan tener las partes.

Los gastos extraordinarios deben ser siempre consensuados y en caso de discrepancia deben ser autorizados por el juzgado, instándose acción del artículo 156 del Código Civil, salvo razones objetivas de urgencia.

El consenso debe alcanzarse de forma expresa y escrita antes de hacer el desembolso, sin embargo la atención a la peculiar naturaleza de los gastos extraordinarios, se entenderá prestada la conformidad, si requerido a tal efecto un progenitor por el otro, de forma fehaciente, es decir que conste sin lugar a dudas la recepción del requerimiento, se dejare transcurrir un plazo de 10 días hábiles sin hacer manifestación alguna. En el requerimiento que realice el progenitor que pretende hacer el gasto, se deberá detallar cuál es el gasto concreto que precise el hijo y se adjuntará presupuesto donde figure el nombre del profesional que lo expide.

Los anteriores listados no tienen carácter exhaustivo.

Firme que sea la presente resolución, comuníquese de oficio al Registro Civil donde conste inscrito el matrimonio (Sevilla), para su anotación marginal correspondiente».

Esta sentencia fue aclarada en el auto posterior de fecha 20 de noviembre de 2013 en cuya parte dispositiva se dispone:

«Se acuerda aclarar la sentencia dictada en los presentes autos, en el sentido de que se rectifica la sentencia núm. 585/13 de fecha 13 de noviembre de 2013 en el fallo en tanto que en el apartado B) GUARDA CUSTODIA Y PATRIA POTESTAD donde dice "los martes y jueves

*pernoctarán con el padre siendo recogidos por éste a la salida del colegio y siendo reintegrados al día siguiente en el centro escolar" debe decir "los miércoles pernoctarán los menores con el progenitor con el que no se encuentren bajo su guarda, siendo recogidos a la salida del colegio y reintegrados al día siguiente en el centro escolar"».*

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de apelación por las representaciones procesales de ambas partes, demandante y demandada, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Sevilla dictó sentencia, con fecha 31 de octubre de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

*«FALLAMOS. Se desestima el recurso de apelación interpuesto por D. Rodrigo; se estima el recurso de apelación interpuesto por D.<sup>a</sup> Elvira y se revoca la sentencia declarando que la guarda y custodia de las hijas la ejercerá la madre D.<sup>a</sup> Elvira, estableciéndose en favor del padre el siguiente régimen de visitas, fines de semana alternos desde el viernes a las 18 horas al domingo a las 21 horas, mitad de las vacaciones escolares, y los miércoles desde la salida del colegio hasta las 21 horas; se mantiene la pensión de alimentos pero sin limitación; se mantiene la pensión compensatoria, dejando sin efecto el plazo de dos años, y se aumenta el plazo de 2 a 3 años. No hacemos pronunciamiento sobre las costas de la alzada».*

**TERCERO.-** 1.- Por la representación procesal de D. Rodrigo, se interpuso recurso de extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El recurso extraordinario por infracción procesal basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Se fundamenta en la falta de motivación de la sentencia con infracción de lo dispuesto en el art. 218.2 de la LEC. Se argumenta que la sentencia no motiva la revocación de la guarda y custodia compartida otorgada por el Juez de Instancia y basa su decisión simplemente en un criterio arbitrario y totalmente subjetivo, prescindiendo absolutamente de todos los criterios que señala la jurisprudencia para poder apreciar ese verdadero interés de los menores que ha de presidir una decisión de este tipo. Posiblemente la sentencia debería haberse motivado de una forma más exhaustiva, cuando se aparta de la sentencia del juzgado para imponer un criterio contrario, sin referencia alguna a la jurisprudencia reiterada de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida, como si no existiera. El deber de motivación se resume en la exigencia de una respuesta judicial fundada en derecho, que se anude con los extremos sometidos por las partes a debate, de manera que solo una motivación que, por arbitraria, fuese inexistente o extremadamente formal quebrantaría el art. 24 CE (SSTC: 221/2001 de 31 de octubre, 55/2003 de 24 de marzo, 325/2005 de 12 de diciembre, 61/2008 de 26 de mayo, y SSTC: de 19-12-2008, RC. 2519/2002; 12-6-2009, RC. 2189/2004; 2-10-2009, RC. 2194/2002).

Como afirma la STC 64/2010 de 18 de octubre, Sala Segunda, citando otras precedentes, el derecho a la tutela judicial efectiva "Supone, en primer lugar, que la resolución ha de estar suficientemente motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; y en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en derecho, lo que conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, ni resulte manifiestamente irrazonable, incurso en un error patente o en una evidente contradicción entre los fundamentos jurídicos, o entre éstos y el fallo, ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia". Y es que las partes en el proceso tienen derecho a una tutela

judicial que comprende la obtención de una decisión motivada sobre las cuestiones oportunamente deducidas, motivación que ha de ser suficiente y ajustada a criterios lógicos. Una fundamentación contraria a la lógica, incoherente o irrazonable, impediría conocer realmente las razones de la decisión, y propiciaría la arbitrariedad de los poderes públicos, que está vedada por el art. 9.3 de la Constitución Española.

Motivo segundo.- Bajo el amparo del art. 24 CE plantea como es la incorrecta aplicación del art. 92 del Código Civil, la cual debe resolverse en el recurso de casación en el que también se plantea.

El recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Se denuncia la infracción del art. 92.8 CC, alegando la existencia de interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial de la Sala por considerar que la sentencia recurrida habría atribuido a la madre la guarda y custodia de los hijos menores habidos en el matrimonio en virtud de unos razonamientos jurídicos que no aplicarían correctamente el principio de protección del interés de los menores, a la vista de los hechos probados, y de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Motivo segundo.- El interés casacional se funda en que lo resuelto en la sentencia de apelación se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo establecida entre otras en las sentencias SSTS de 19-7-2013, 25-11-2013, 29-11-2013 y 17-12-2013.

Motivo tercero.- Al amparo del ordinal 3º del art. 477.2 de la LEC, alegando interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo referente a la concesión de la pensión compensatoria fijada en SSTS de 10-1-2010, 22-6-2011, 19-10-2011, 24-11-2011, 16-11-2012 y 17-5-2013.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto, de fecha 17 de junio de 2015, se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido doña Elvira, y en su nombre y representación la procuradora doña Florencia, presentó escrito de oposición a ambos recursos, por su parte el Ministerio Fiscal solicitó la estimación de la infracción procesal y la desestimación de la casación.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 27 de enero de 2016, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**,

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Por D. Rodrigo se formuló demanda de divorcio con medidas frente a D.<sup>a</sup> Elvira, existiendo dos hijos menores de edad. Por la demandada se contestó oponiéndose a la demanda.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda, y en lo esencial fija la guarda y custodia compartida de los dos padres y pensión

compensatoria para la madre de 150 euros mensuales durante dos años si bien se va a suspender el abono de la misma transcurridos 2 años establecidos en el apartado anterior sobre alimentos de los hijos (se establece en él que la pensión alimenticia se abonará durante el plazo de 2 años, período que estimamos prudencial para que Doña Elvira pueda acceder al mercado laboral; a partir de entonces cada progenitor se hará cargo de los alimentos de los hijos en los períodos a su cargo).

Recurrida la sentencia por ambos, la sentencia de segunda instancia desestimó el recurso de D. Rodrigo, y por el contrario estimó el de D.<sup>a</sup> Elvira, y sobre la guarda y custodia se concede a la madre, porque no hay datos objetivos que constaten que de no acordarse la guarda y custodia compartida no se protegerán adecuadamente el interés del menor y, en este caso, se concede a la madre, atendiendo a las circunstancias, de que los menores llevan de hecho conviviendo con la madre sin que se haya producido ningún hecho significativo en el desarrollo de la guarda y custodia, perjudicial para los menores; atribuyéndose a la madre se mantiene la situación y ello beneficia a la estabilidad de los menores; de otra parte un adecuado régimen de vistas para el padre permite una fluida y permanente relación con sus hijos.

Sobre la pensión compensatoria, está acreditado el desequilibrio económico, y atendiendo a la edad y que doña Pilar ha estado incorporada al mercado laboral 1.973 días se debe mantener un plazo pero superior, considerando razonable un periodo de 3 años e importe de 150 euros.

Por D. Rodrigo se formula recurso de casación y extraordinario por infracción procesal.

El recurso extraordinario por infracción procesal, lo desarrolla en dos motivos:

El primero, alega infracción del art 218.2 en relación con el art 24

CE, por posible falta de motivación, o en su caso motivación irracional e ilógica, al acoger el recurso de la contraria y revocar la custodia compartida concedida en primera instancia. Motivo segundo: alega infracción del art 24 CE, por incorrecta aplicación del art 92 CC, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por incorrecta aplicación del art 92 CC.

El recurso de casación lo formula en dos motivos.

El motivo primero es por infracción del art 92 CC, por atribuir la guarda y custodia exclusiva de los hijos menores a la madre, en contra de lo decidido en primera instancia. Interés casacional: jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales:

SAP Cantabria 19 de julio de 2013.

SAP Orense 25 de noviembre de 2013.

SAP Cáceres 29 de noviembre de 2013.

SAP Madrid 17 de diciembre de 2013.

Motivo segundo: por infracción del art 97 CC, alega interés casacional por infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sobre la pensión compensatoria, que, argumenta el recurrente debe concederse solo por el tiempo necesario para que el cónyuge pueda acceder a nuevas oportunidades.

Cita las SSTs 10 de enero de 2010, 22 de junio de 2011, 19 de octubre de 2011, 24 de noviembre de 2011 16 de noviembre de 2012 y 17 de mayo de 2013.

El Ministerio Fiscal propuso la estimación del primer motivo y la desestimación del segundo motivo de casación.

**SEGUNDO.-** De los antecedentes aportados consta que:

1. D. Pelayo nació el 07 de junio de 1973. D.<sup>a</sup> Elvira el 04 de julio de 1974.
2. Tienen dos hijos menores Berenguela (18 de septiembre de 2006) y Ataulfo (14 de mayo de 2009).
3. D.<sup>a</sup> Elvira no trabajaba al momento del divorcio, siendo auxiliar administrativa. D. Pelayo es titular de una panadería.

### **RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.**

**TERCERO.-** Motivo primero.- «Se fundamenta en la falta de motivación de la sentencia con infracción de lo dispuesto en el art. 218.2 de la LEC.

Se argumenta que la sentencia no motiva la revocación de la guarda y custodia compartida otorgada por el Juez de Instancia y basa su decisión simplemente en un criterio arbitrario y totalmente subjetivo, prescindiendo absolutamente de todos los criterios que señala la jurisprudencia para poder apreciar ese verdadero interés de los menores que ha de presidir una decisión de este tipo. Posiblemente la sentencia debería haberse motivado de una forma más exhaustiva, cuando se aparta de la sentencia del juzgado para imponer un criterio contrario, sin referencia alguna a la jurisprudencia reiterada de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida, como si no existiera. El deber de motivación se resume en la exigencia de una respuesta judicial fundada en derecho, que se anude con los extremos sometidos por las partes a debate, de manera que solo una motivación que, por arbitraria, fuese inexistente o extremadamente formal quebrantaría el art. 24 CE (SSTC: 221/2001 de 31 de octubre, 55/2003 de 24 de marzo, 325/2005 de 12 de diciembre, 61/2008 de 26 de mayo, y SSTC: de 19-12-2008, RC. 2519/2002; 12-6-2009, RC. 2189/2004; 2-10-2009, RC. 2194/2002).»

Como afirma la STC 64/2010 de 18 de octubre, Sala Segunda, citando otras precedentes, el derecho a la tutela judicial efectiva "Supone, en primer lugar, que la resolución ha de estar suficientemente motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; y en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en derecho, lo que conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, ni resulte manifiestamente irrazonable, incurra en un error patente o en una evidente contradicción entre los fundamentos jurídicos, o entre éstos y el fallo, ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia". Y es que las partes en el proceso tienen derecho a una tutela judicial que comprende la obtención de una decisión motivada sobre las cuestiones oportunamente deducidas, motivación que ha de ser suficiente y ajustada a criterios lógicos. Una fundamentación contraria a la lógica, incoherente o irrazonable, impediría conocer realmente las razones de la decisión, y propiciaría la arbitrariedad de los poderes públicos, que está vedada por el art. 9.3 de la Constitución Española».

Motivo segundo.- «Bajo el amparo del art. 24 CE plantea la incorrecta aplicación del art. 92 del Código Civil, la cual debe resolverse en el recurso de casación en el que también se plantea».

Se desestiman ambos motivos que se analizan conjuntamente.

Se alega falta de motivación suficiente y vulneración de la tutela judicial efectiva.

Esta Sala debe declarar que en la sentencia recurrida se efectúa una motivación suficiente, cuyas consecuencias jurídicas valoraremos al resolver el recurso de casación.

El Tribunal Constitucional ha manifestado en numerosas ocasiones que la exigencia constitucional de motivación no impone «una respuesta pormenorizada, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, sino que la respuesta judicial esté fundada en

Derecho y que se anude con los extremos sometidos por las partes a debate» (STC número 101/92, de 25 de junio), de manera que «solo una motivación que, por arbitraria, deviniese inexistente o extremadamente formal quebrantaría el artículo 24 de la Constitución» (STC número 186/92, de 16 de noviembre).

Sentencia de esta Sala de 11 de Noviembre del 2011, recurso: 905/2009.

### **RECURSO DE CASACIÓN.**

**CUARTO.** Motivo primero.- «Se denuncia la infracción del art. 92.8 CC, alegando la existencia de interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial de la Sala por considerar que la sentencia recurrida habría atribuido a la madre la guarda y custodia de los hijos menores habidos en el matrimonio en virtud de unos razonamientos jurídicos que no aplicarían correctamente el principio de protección del interés de los menores, a la vista de los hechos probados, y de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo».

Motivo segundo.- «El interés casacional se funda en que lo resuelto en la sentencia de apelación se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo establecida entre otras en las sentencias SSTs de 19-7-2013, 25-11-2013, 29-11-2013 y 17-12-2013».

Se estima parcialmente el motivo.

Se alega violación de la jurisprudencia y de la doctrina de las Audiencias Provinciales, al no respetar la resolución recurrida el interés del menor ni los criterios de esta Sala sobre la custodia compartida.

En la sentencia recurrida se exige la acreditación de que el sistema de custodia compartida es el que protege más adecuadamente el interés del menor.

Esta Sala ha declarado sobre la custodia compartida:

«La interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurran alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma "debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurran criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite

concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea"» (STS 25 de abril 2014).

«Como precisa la sentencia de 19 de julio de 2013: "se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel". Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos.» (Sentencia 2 de julio de 2014, rec. 1937/2013).

Para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en los litigantes, al no constar lo contrario.

Esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad.

**QUINTO.-** Aplicada esta doctrina al supuesto de autos debemos razonar que se infringe la jurisprudencia de esta Sala, dado que:

1. Se entroniza la rutina como causa de denegación de la custodia compartida.
2. No se respeta el interés de los menores. El concepto de interés del menor, ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, no aplicable por su fecha a los presentes hechos, pero sí extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido de que "se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares", se protegerá "la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas"; se ponderará "el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo"; "la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten..." y a que "la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara".

3. Pese a que la doctrina jurisprudencial ha determinado que el sistema de custodia compartida, salvo excepciones, debería considerarse como normal, en la sentencia recurrida se exige un plus de prueba para poder aplicarlo.

A la luz de lo expuesto debemos declarar que en la sentencia recurrida se considera a la custodia compartida, de facto, como un sistema excepcional que

exige una acreditación especial, cuando la doctrina jurisprudencial lo viene considerando como el sistema deseable, cuando ello sea posible.

En la resolución recurrida se acepta que ambos progenitores poseen capacidad para educación de sus hijos.

A la luz de estos datos se acuerda casar la sentencia recurrida por infracción del art. 92 del C. Civil y jurisprudencia que lo desarrolla, asumiendo la instancia, dado que en este caso con el sistema de custodia compartida:

- a) Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.
- b) Se evita el sentimiento de pérdida.
- c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.
- d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia.

**SEXTO.-** El recurrente entiende que al adoptarse el sistema de custodia compartida no es necesario el pago de alimentos, pues cada uno se hará cargo de los mismos durante el período que tenga la custodia de los menores.

Sin embargo, en la sentencia del Juzgado, que acordaba la custodia compartida, fijaba alimentos para los hijos, dado que la madre no tenía ingresos propios, si bien los limitaba por un plazo de dos años, en los que consideraba que la madre podría encontrar trabajo.

Esta Sala debe declarar que la custodia compartida no exime del pago de alimentos, cuando exista desproporción entre los ingresos de ambos cónyuges, o como en este caso, cuando la progenitora no percibe salario o rendimiento alguno (art. 146 C. Civil), ya que la cuantía de los alimentos será proporcional a las necesidades del que los recibe, pero también al caudal o medios de quien los da.

El Juzgado yerra y la Audiencia lo corrige cuando aquel limita temporalmente la percepción de alimentos a dos años, pues los menores no pueden quedar al socaire de que la madre pueda o no encontrar trabajo.

Esta limitación temporal, tiene sentido en una pensión compensatoria, como estímulo en la búsqueda de ocupación laboral, pero no tiene cabida en los alimentos a los hijos, al proscribirlo el art. 152 del C. Civil.

Por lo expuesto, esta Sala mantiene el pronunciamiento de la sentencia recurrida, en relación con los alimentos al mantenerlos sin limitación temporal, sin perjuicio de una ulterior modificación, si varían las circunstancias sustancialmente (art. 91 C. Civil).

**SÉPTIMO.-** Motivo tercero.- «Al amparo del ordinal 3º del art. 477.2 de la LEC, alegando interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo referente a la concesión de la pensión compensatoria fijada en SSTS de 10-1-2010, 22-6-2011, 19-10-2011, 24-11-2011, 16-11-2012 y 17-5-2013». Se desestima el motivo.

Alega el recurrente que no procede la pensión compensatoria y, subsidiariamente que se haya prolongado hasta los tres años por la Audiencia Provincial, en lugar de los dos años establecidos por el Juzgado.

Esta Sala en sentencia de 16 de Julio del 2013, recurso: 1044/2012, declaró: «El artículo 97 CC exige que la separación o el divorcio produzcan un desequilibrio económico en un cónyuge, en relación con la posición del otro, para que surja el derecho a obtener la pensión compensatoria .

En la determinación de si concurre o no el desequilibrio se deben tener en cuenta diversos factores, como ha puesto de relieve la STS 864/2010, de Pleno, de 19 enero. La pensión compensatoria -declara- "pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si éste ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación. De este modo, las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 CC tienen una doble función:

»a) Actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias.

»b) Una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión. A la vista de ello, el juez debe estar en disposición de decidir sobre tres cuestiones:

»a) Si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria .

»b) Cuál es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia.

»c) Si la pensión debe ser definitiva o temporal"».

Esta doctrina se ha aplicado en las sentencias posteriores

856/2011 de 24 noviembre, 720/2011 de 19 octubre, 719/2012 de 16 de noviembre y 335/2012 de 17 de mayo 2013.

En STS de 4 de Diciembre del 2012, recurso 691/2010, se fijó que:

«...por desequilibrio ha de entenderse un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. Puesto que por su configuración legal y jurisprudencial la pensión compensatoria no tiene por finalidad perpetuar, a costa de uno de sus miembros, el nivel económico que venía disfrutando la pareja hasta el momento de la ruptura, sino que su objeto o finalidad legítima es lograr reequilibrar la situación dispar resultante de aquella, no en el sentido de equiparar plenamente patrimonios que pueden ser desiguales por razones ajenas a la convivencia, sino en el de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial...»

Aplicada la doctrina a lo alegado en el presente recurso se ha de mantener la pensión compensatoria temporal, a la vista de la manifiesta situación de desequilibrio dado que:

1. La esposa no trabaja.

2. A lo largo de su vida su ocupación laboral se ha extendido solo en 1973 días.

3. Ha invertido la mayor parte de su tiempo en las atenciones familiares.

En cuanto a la duración de la pensión compensatoria que la

Audiencia Provincial eleva de dos a tres años, es una cuestión que debe quedar a la discrecionalidad del tribunal de apelación, al no constar arbitrariedad en su fijación, ni infracción normativa.

**OCTAVO.**- Por lo tanto casamos parcialmente la sentencia recurrida y, en su lugar, confirmamos, en cuanto a la custodia compartida, la dictada en primera instancia con fecha 13 de noviembre de 2013, en autos de juicio de divorcio núm. 1139 de 2012, tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sevilla.

Se mantiene el pronunciamiento de la sentencia recurrida en cuanto determina que los alimentos se mantienen sin limitación temporal e igualmente se acepta que la pensión compensatoria se mantendrá durante tres años.

**NOVENO.**- Estimado parcialmente el recurso de casación no procede la imposición de costas al recurrente (art. 398 LEC de 2000).

Se imponen al recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## **FALLAMOS**

1. Estimar parcialmente el recurso de casación y desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por D. Rodrigo, representado por la procuradora D.<sup>a</sup> Aleja, contra sentencia de 31 de octubre de 2014 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Sevilla.

2. Casar parcialmente la sentencia recurrida y, en su lugar, confirmamos, en cuanto a la custodia compartida, la dictada en primera instancia con fecha 13 de noviembre de 2013, en autos de juicio de divorcio núm. 1139 de 2012, tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sevilla.

Se mantiene el pronunciamiento de la sentencia recurrida en cuanto determina que los alimentos se mantienen sin limitación temporal e igualmente se acepta que la pensión compensatoria se mantendrá durante tres años.

3. No procede imposición en las costas del recurso de casación al recurrente. Se imponen al recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal.

Procédase a la devolución del depósito para recurrir en casación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marín Castán, José Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Eduardo Baena Ruiz, Fernando Pantaleón Prieto, Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y rubricado.**

**PUBLICACIÓN.**- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.